



Universidad
Carlos III de Madrid

 **-Archivo**

Repositorio Institucional

ESTUDIOS SOBRE EL FUTURO CÓDIGO MERCANTIL

Libro homenaje al profesor

Rafael Illescas Ortiz



Marco Arcalá, Luis Alberto. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta del Código Mercantil. En: *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*. Getafe : Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 1087-1109. ISBN 978-84-89315-79-2.
<http://hdl.handle.net/10016/21040>

Obra completa disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/20763>



Este documento se puede utilizar bajo los términos de la licencia Creative Commons [Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/)

LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

LUIS ALBERTO MARCO ARCALÁ*

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar las normas en materia de competencia desleal en la Propuesta de Código Mercantil de 17 junio 2013 y en el posterior Proyecto de 30 mayo 2014, puestos en relación con la vigente Ley española de Competencia Desleal y con el Derecho de la UE, especialmente la Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales (2005/29/UE). Finalmente, se formula una evaluación de los cambios propuestos en este ámbito.

Contenido

1. La peculiar evolución de la legislación española sobre competencia desleal. – 1.1. La tardía regulación de la competencia desleal en nuestro ordenamiento: la ley 3/1991. – 1.2. La incidencia de la normativa de la unión europea: en particular, la directiva 2005/29/ue y la ley 29/2009. – 1.3. La impronta marcada por esta evolución: en particular, las normas en fase de propuesta. – 2. El proyectado régimen de la competencia desleal en la propuesta de código mercantil. – 2.1. Preliminar: la proyectada codificación mercantil y su extensión a la regulación del mercado. – 2.2. La ubicación sistemática del régimen de la competencia desleal: en particular, la incidencia de los principios generales en materia de competencia. – 2.3. La prohibición general de la competencia desleal: la cláusula general. – 2.4. La dicotomía entre actos de competencia desleal y prácticas comerciales desleales con los consumidores: el nuevo enfoque de la cuestión en la proyectada codificación mercantil. – 2.5. Breve referencia a las acciones derivadas de la competencia desleal. – 3. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores en la propuesta de código mercantil. – 3.1. La delimitación de la figura: de nuevo sobre la cláusula general prohibitiva. – 3.2. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores de carácter engañoso. – 3.3. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores de carácter agresivo. – 4. Valoración final y perspectivas de futuro.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Mercantil. Facultad de Derecho de Zaragoza.

1. LA PECULIAR EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE COMPETENCIA DESLEAL

La competencia desleal forma parte de nuestro Derecho, pero no ha sido siempre así, y se observa en esta materia una historia compleja y poco habitual en comparación con otros ordenamientos¹.

1.1. La tardía regulación de la competencia desleal en nuestro ordenamiento: la Ley 3/1991

La competencia desleal comenzó a verse regulada como tal en algunos ordenamientos comparados a principios del s. XX². Durante el mismo periodo, la competencia desleal en España sólo se vio contemplada de forma muy limitada en el Tít. X (arts. 131 y 132) de la Ley de Propiedad Industrial (LPI) de 16 mayo 1902 (Gaceta 138, de 18 mayo 1902), sobre la competencia ilícita, en una normativa circunscrita a la vulneración de los derechos de propiedad industrial (así, en los arts. 138 y 139 LPI se relacionaba expresamente la competencia ilícita con las falsificaciones y usurpaciones de la propiedad industrial) o a las conductas enumeradas en el referido art. 132 LPI³. Ello dio lugar a que las eventuales pretensiones indemnizatorias derivadas de tales conductas hubiesen de ser basadas en la aplicación de disposiciones generales, como, por ejemplo, los arts. 7.2 y 1902 CC, en materia de abuso de derecho y de responsabilidad civil extracontractual⁴, respectivamente, o bien de disposiciones más específicas en ámbitos

¹ Al respecto, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, 1ª ed., Civitas, Madrid 1988, y BERCOVITZ, A., "Nociones introductorias", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal* (VV.AA; Dtor., BERCOVITZ, A.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor 2011, pp. 39-69 (47-52), GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías y competencia desleal en la Comunidad Europea*, 1ª ed., Marcial Pons y Fundación Caixa Galicia, Madrid 2005, pp. 125-136, y GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad y ámbito de aplicación de la Ley de competencia desleal. La cláusula general de deslealtad competitiva", en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, t. I y II, (VV.AA; Dtor.: GARCÍA-CRUCES, J. A.), 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 2014, t. II, pp. 1091-1206 (1109-1114).

² Así, la Ley alemana sobre competencia desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) data de 7 junio 1909 (*RGBl.*, I-1909, p. 499; disponible, en su versión consolidada, en <http://www.gesetze-im-internet.de/>), y sigue vigente con numerosas reformas; sobre la misma y su evolución reciente, *vid.* REIMER, D., *La répression de la concurrence déloyale - Allemagne*, 1ª ed., Economica, París 1978, t. III de la obra (VV.AA; Coord.: ULMER, E.), *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la CEE*, ROSENTHAL A., *Gesets gegen den unlauteren Wettbewerb*, 9ª ed. (actualizada por LEFFMANN, E.), Franz Vahlen GmbH, Berlín y Frankfurt 1969, FEZER, K. H., *Lauterkeitsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, t. I y II, 2º ed., C. H. Beck, Munich 2010, KÖHLER, H. y BORKMANN, J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 31ª ed., C. H. Beck, Munich 2013, GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías...*, *cit.*, pp. 118-121, y del mismo autor, "Nuevo Texto de la Ley de Competencia Desleal Alemana (UWG): traducción con anotaciones", en ADI, 29 (2008-2009), pp. 669-726.

³ Sobre el particular, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, pp. 38-63, y BERCOVITZ, A., *ibidem*.

⁴ Al respecto, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, pp. 85-91 y 108-109, y BERCOVITZ, A., *ibidem*. Por lo demás, está ha venido siendo la opción de otros ordenamientos, como el francés, en cuyo Derecho la persecución de la competencia desleal se basa en los arts. 1382 a 1384 de su Código Civil, de 2 septiembre 1804 (disponible, en su versión consolidada, en

muy determinados, como la publicidad, atendiendo a la prohibición de la actividad publicitaria desleal prevista en el art. 10 del Estatuto de la Publicidad⁵ (EP), aprobado por la Ley 61/1964, de 11 junio (BOE 143, de 15 junio 1964). Mucho después, la antigua Ley 32/1988, de 10 noviembre (BOE 272, de 12 noviembre 1988), de Marcas (ALM), incluyó toda una y sorprendente novedad (sobre todo por su ubicación al final de una Ley sobre signos distintivos), como fue la tipificación como ilícita de la competencia desleal en sus arts. 87 a 89, a tenor de la cláusula general prohibitiva establecida en el primero de estos preceptos, hoy derogados, al igual que la propia ALM, sustituida por la actual Ley 17/2001, de 7 diciembre (BOE 294, de 17 diciembre 2001), de Marcas⁶ (LM). Además, se promulgó a renglón seguido la todavía vigente Ley 34/1988, de 11 noviembre (BOE 274, de 15 noviembre 1988), General de Publicidad⁷ (LGP), cuyo Tít. II (arts. 3 a 6) versa aún en el momento presente sobre la publicidad ilícita y de las acciones para hacerla cesar, si bien con un régimen sensiblemente diferente al inicial tras los notables cambios que fueron introducidos mediante la Ley 29/2009, de 30 diciembre (BOE 315, de 31 diciembre 2009), por la que se modificó el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (LRLCD).

Sin embargo, habría que esperar a la actual Ley 3/1991, de 10 enero (BOE 10, de 11 enero 1991), de Competencia Desleal⁸ (LCD), para contar en nuestra legislación

<http://www.legifrance.gouv.fr>), que han sido objeto de un amplio desarrollo jurisprudencial en este punto (al respecto, *vid.* PICHOT, O., *De la concurrence déloyale et de la contrefaçon en matière commerciale et industrielle*, 1ª ed., Rousseau & Cie, París 1924, KRAßER, R., *La répression de la concurrence déloyale - France*, 1ª ed., Dalloz, París 1972, t. IV de *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la CEE*, *op. cit.*, y GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías...*, *cit.*, pp. 117-118; en cambio, en Italia, la base de la represión de la competencia desleal se halla también en el Código Civil, aprobado por *Regio Decreto* 262, de 16 marzo 1942 (*Gazetta Ufficiale* 79 y 79 bis, de 4 abril 1942; disponible, en su versión consolidada, en "<http://www.normattiva.it>"), pero con preceptos específicos sobre esta materia, en concreto los arts. 2598 a 2601 (al respecto, *vid.* SCHRICKER, G., *La répression de la concurrence déloyale - Italie*, 1ª ed., Dalloz, París 1975, t. V de *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la CEE*, *cit.*, y GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías...*, *cit.*, pp. 123-125); sobre los ordenamientos comparados en torno a la competencia desleal, *vid.* VV.AA (Coord.: HENNING-BODEWIG, F.), *International handbook on unfair competition*, 1ª ed., Beck, Hart & Nomos, Munich 2013.

⁵ Al respecto, *vid.* MENÉNDEZ, A., *La competencia desleal*, *op. cit.*, pp. 91-94, y BERCOVITZ, A., *ibidem*.

⁶ Sobre la LM, *vid.* FERNÁNDEZ NOVOA, C., *Tratado sobre Derecho de marcas*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid 2004, VV.AA, (Dtors.: BERCOVITZ, A. y GARCÍA-CRUCES, J. A.), *Comentarios a la Ley de Marcas*, t. I y II, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona 2009, VV.AA, (Coord.: ALONSO ESPINOSA, F. J.), *El nuevo Derecho de Marcas (Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas)*, 1ª ed., Comares, Granada 2002, VV.AA (Coord.: GONZÁLEZ-BUENO, C.), *Comentarios a la ley y al Reglamento de Marcas*, 1ª ed., Thomson Civitas, Madrid 2003, y LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *Comentario a la Ley 17/2001, de Marcas*, 2ª ed., Thomson Civitas, Madrid 2007.

⁷ Sobre la LGP, *vid.* DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Curso de Derecho de la publicidad*, 1ª ed., EUNSA, Pamplona 2002, VV.AA, (Coord.: LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.), *Comentario a la Ley General de Publicidad*, 1ª ed., Thomson Civitas, Cizur Menor 2009, VV.AA (Coord.: LÁZARO SÁNCHEZ, E. J.), *Derecho de la publicidad*, 1ª ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2012, y VV.AA, *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, *op. cit.*

⁸ Sobre la LCD, *vid.* VV.AA (Coord.: BERCOVITZ, A.), *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991* 1ª ed., BOE y CCI de Madrid 1992, MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de competencia desleal*, 1ª ed., Civitas, Madrid 1999, del mismo autor, *El nuevo derecho contra la competencia desleal*, 1ª ed., Thomson-Civitas, Madrid 2006, VV.AA (Dtor.: MARTÍNEZ SANZ, F.),

con una regulación amplia y detallada al respecto, en una línea similar a la de otros ordenamientos. Con todo, ni fue entonces ni es ahora la única norma a tener en cuenta en esta materia, puesto que se ha mantenido la vigencia de otras como, entre otras, la LGP, cuyas disposiciones sobre publicidad ilícita han venido planteado diversos problemas de conciliación normativa con la propia LCD durante más de una década y hasta fechas recientes⁹, en concreto hasta la modificación de ambas mediante la LRLCD (y puede decirse que se mantiene actualmente¹⁰), que obedeció, desde luego, a motivos adicionales.

1.2. La incidencia de la normativa de la Unión Europea: en particular, la Directiva 2005/29/UE y la Ley 29/2009

Aunque la LCD ya había sido objeto de otras modificaciones, lo cierto es que la más profunda y relevante de cuantas se han producido hasta la fecha fue la realizada mediante la LRLCD, *cit.* Esta reforma permitió paliar algunos defectos puntuales del régimen de la competencia desleal en nuestro ordenamiento¹¹, por ejemplo en cuanto a la referida coordinación normativa entre la LCD y la LGP. Sin embargo, la finalidad

Comentario práctico a la Ley de competencia desleal 1ª ed., Tecnos, Madrid 2007, VV.AA (Dtor.: RUIZ PERIS, J. I.), *La reforma de la Ley de competencia desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para mejora de la protección de los consumidores y usuarios)*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 2010, la obra colectiva, *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, 1ª ed., La Ley, Madrid 2010, en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, *op. cit.*, t. II, pp. 1091-1206, y VV.AA (Dtor.: LEMA DEVESA, C.), *Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los competidores y los consumidores. Régimen legal tras la reforma introducida por la Ley 29/2009*, 1ª ed., Bosch, Barcelona 2012.

⁹ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", en *Hacia un nuevo Código Mercantil*, (recopilación de las jornadas "Las claves del nuevo Código Mercantil", Madrid, 24-25 junio 2014) [VV.AA; Coord., BERCOVITZ, A.], 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 257-277 (268), y "La regulación del Derecho de la Competencia en el Anteproyecto de Código Mercantil", en RDM, 293 (2014), pp. 13-36 (25), VICENT CHULIÁ, F., "Otra opinión sobre la Ley de Competencia Desleal", en RGD, 589-590 (1993), pp. 9975-10017, MARTÍNEZ SANZ, F., "Comentario al artículo 5", en *Comentario práctico...*, *op. cit.*, pp. 61-77, QUINTANA CARLO, I., "La competencia desleal", en *I Congreso nacional de Derecho Mercantil. Veinte años de España en la Unión Europea: Balance y Perspectivas* (VV.AA; Coord.: ARROYO MARTÍNEZ, I.), 1ª ed., Thomson Civitas, Madrid 2007, pp. 59-72, y "Comentario al artículo 18. Publicidad Ilícita", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *cit.*, pp. 499-514, DOMÍNGUEZ PÉREZ, E. M., "Consideraciones sobre los <<actos de engaño>> y <<la participación en el mercado con fines concurrenciales>> al hilo de la Sentencia de la AP de Islas Baleares de 19 de octubre de 2011 (Sección 5ª)", en ADI, 32 (2011-2012), pp. 501-526 (504-507), y MARCO ARCALÁ, L. A., "El ilícito publicitario y el ilícito concurrencial: sus zonas de superposición", en CJ, 14 (1993), pp. 6-17.

¹⁰ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*, cuando comenta la proyectada supresión de los vigentes arts. 18 LCD y 3 e) LGP, y la subsunción de los supuestos de publicidad ilícita en los actos de competencia desleal sobre conductas desleales engañosas o agresivas, o en la violación de normas de la actividad concurrencial tipificada en el art. 322-13.2 *in fine* PCM 2013 y ACM 2014, en lo que hace a la publicidad que contravenga las normas publicitarias especiales.

¹¹ De hecho, también fueron modificadas mediante la LRLCD, además de la LCD y la LGP, las Leyes 7/1996, de 15 enero (BOE 15, de 17 enero 1996), de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM), y el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias (TrLGDCU), aprobado por RDleg. 1/2007, de 16 noviembre (BOE 287, de 30 noviembre 2007).

fundamental de la LRLCD fue la incorporación a nuestro Derecho interno de las Directivas que se fueron adoptando tímida y paulatinamente en esta materia, en concreto la famosa Directiva 2005/29/CE, del PE y del Consejo, de 11 mayo 2005 (DOUE L 149, de 11 junio 2005), sobre prácticas comerciales desleales con los consumidores (DPCDC), y la Directiva 2006/114/CE, del PE y del Consejo, de 12 diciembre 2006 (DOUE L 376, de 27 diciembre 2006), sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DPE), en su versión codificada. A su vez, el objetivo básico atribuido a la armonización llevada a cabo mediante la DPCDC y la DPE consistió¹² en conciliar la aplicación efectiva y el buen funcionamiento del mercado único interior en la UE con el principio de la protección de los consumidores y usuarios, reconocido con el máximo rango normativo¹³. No obstante, tan ambiciosa coordinación de extremos tan dispares requiere un complejo y delicado equilibrio entre ambos, por lo que no ha resultado sencilla la incorporación de estas Directivas, y tampoco puede decirse que se haya producido de la forma más adecuada desde una perspectiva estrictamente técnico-legislativa, de modo que esta reforma de nuestra legislación sobre competencia desleal

¹² Vid. los aps. 1 y 3 del Preámbulo de la DPCDC, y 1 a 3 del Preámbulo de la DPE, así como el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la protección de los consumidores y usuarios en la UE. de 2 octubre 2001 (Doc. [COM] 2001, 531 final, especialmente el ap. 23, pp. 6 a 8 [disponible en <http://europa.eu>]).

¹³ Así, vid. el art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su versión consolidada tras su modificación mediante el Tratado de Lisboa de 13 diciembre 2007 (Instrumento de Ratificación de España de 26 septiembre 2008 [BOE 286, de 27 noviembre 2009]), por el que se modifica igualmente el Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado en Maastricht el 7 febrero 1992 (Instrumento de Ratificación de España de 29 diciembre 1992 [BOE 11, de 13 enero 1994]), en su actual versión consolidada (ambos disponibles en <http://europa.eu>), y el art. 51.3 de la Constitución Española (CE) de 27 diciembre 1978 (BOE 311, de 29 diciembre 1978); al respecto, vid. BERCOVITZ A., "La Protección de los Consumidores, La Constitución Española y el Derecho Mercantil", en *Estudios Jurídicos sobre Protección de los Consumidores* [VV.AA; coords.: BERCOVITZ, A. y R.], 1ª ed. Tecnos, Madrid 1987, pp. 22-43, también publicado en *Lecturas sobre la constitución Española*, vols. I y II [VV.AA; coord. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.], vol. II, UNED, Madrid 1978, pp. 9-37, BERCOVITZ, R., "Comentario al artículo 1. Principios Generales", en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. Real Decreto Legislativo 1/2007* [VV.AA; coord.: BERCOVITZ, R.], 1ª ed. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor 2009, pp. 77-80, GARCÍA-CRUCES, J. A., "La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores como principio general del ordenamiento español", en EC, 48 (1999), pp. 131-145, del mismo autor, "La protección de los consumidores en la CEE", en EC, 17 (1999), pp. 94-111 [disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2867762>], GÓMEZ CALERO, J., *Los Derechos de los Consumidores y Usuarios*, 1ª ed. Dykinson, Madrid 1994, pp. 24-28, GUILLÉN CARAMÉS, J., *El estatuto jurídico del consumidor. Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración*, 1ª ed., Civitas, Madrid 2002, pp. 185-252, del mismo autor, "El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores", en RDUE, 5 (2003), pp. 233-279 [disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=638269>], ESTEBAN DE LA ROSA, F., *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, 1ª ed., Comares, Granada 2003, pp. 7-44, MIRANDA SERRANO, L. M., "Competencia desleal y protección de los consumidores", en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* [VV.AA; Coords.: BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M.], 1ª ed., McGrawHill, Madrid 1999, pp. 47-76, QUINTELA GONÇALVES, M. T., *La Protección de los Consumidores y usuarios y la Constitución Española de 1978*, 1ª ed., INC, Madrid 1986, pp. 50-93, y 201-223, PALAO MORENO, G., "La protección de los consumidores en el ámbito comunitario europeo", en *Derecho privado de consumo* [VV.AA; coord.: REYES LÓPEZ, M. J.], 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 2004, pp. 73-94, y BOUSSIS, P., "La protección de los consumidores ante las prácticas comerciales desleales", en RUE, 4 (2007), pp. 13-20 (11-12).

ha venido siendo objeto de numerosas críticas, por lo demás justificadas en buena medida¹⁴.

1.3. La impronta marcada por esta evolución: en particular, las normas en fase de propuesta

La situación así creada no puede ser favorablemente valorada. Era cierta la necesidad de incorporar la DPCDC y la DPE, y quizá sea este uno de los escasos elementos positivos a destacar en la LRLCD. Sin embargo, lo cierto es que esta Ley ha sumado a la relativa dispersión normativa que ya se observaba en nuestra legislación sobre competencia desleal una cierta sensación de desazón por haber dado lugar a un retroceso en cuanto a la idoneidad técnico-legislativa de sus disposiciones. De ahí la conveniencia de una nueva modificación que elimine estas disfunciones manteniendo la completa incorporación de la normativa comunitaria. Pues bien, semejante afán ya se ha visto materializado y se ha formulado una propuesta nada desdeñable al respecto, si bien en el marco de una reforma de mayor calado y profundidad y de alcance general, que va mucho más allá del Derecho de la competencia, y abarca todos los sectores de nuestro ordenamiento jurídico-mercantil.

2. EL PROYECTADO RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

La referida y proyectada reforma de nuestra legislación sobre competencia desleal se ha planteado como una parte incluida en el futuro Código Mercantil que vendría a sustituir al vigente Ccom. y a algunas de las más relevantes Leyes mercantiles, en todo un encomiable esfuerzo de modernización y de integración, no ya del Derecho de la Competencia, sino de toda la materia mercantil en su conjunto.

¹⁴ Vid. BERCOVITZ, A., "Nociones introductorias", *cit.*, pp. 59-69, GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *cit.*, pp. 1138-1148, RUIZ PERIS, J. A., "Panorámica de la reforma en materia de competencia desleal", en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI [Libro homenaje al Prof. Dr. D. Carlos FERNÁNDEZ NOVOA en su octogésimo cumpleaños]* - VV.AA.; Eds.: GÓMEZ SEGADÉ, J. A. y GARCÍA VIDAL, A. -, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid 2010, pp. 389-390, publicado como "Una reforma consumerista de la Ley de Competencia Desleal o reforma no siempre significa mejora", en *La reforma de la Ley de competencia desleal...*, *cit.*, pp. 13-35, TATO PLAZA, A., "Prácticas comerciales desleales con los consumidores", en ADI, vol. 29, 2008-2009, pp. 529-572 (530-532), y "La reforma del Derecho español contra la competencia desleal: rasgos generales", en ADI, 30 (2010), pp. 455-472, del mismo autor, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma... op. op. cit.*, pp. 43-58, y MAMBRILLA RIVERA, V., "Prácticas comerciales y competencia desleal: estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno - incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal -" [I], [II] y [III], en RCD, 4, 5 y 6 (2009), pp. 89-120 (92-97 y 119-120), 107-151 (150-151), y 75-116, respectivamente, así como el Dictamen del CES 1/2008, de 30 septiembre 2008, sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, previo a la actual LRLCD - 1ª ed., Madrid 2008 (disponible en <http://www.ces.es/documents/10180/18507/Dic012008>), pp 6-11.

2.1. Preliminar: la proyectada codificación mercantil y su extensión a la regulación del mercado

El proceso de elaboración del nuevo Código Mercantil comenzó con el encargo por parte del entonces Ministro de Justicia, Sr. D. Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR, a la Sección de Derecho Mercantil (SDM) de la Comisión General de Codificación (CGC), presidida por el Profesor D. Alberto BERCOVITZ, para que redactase un borrador de dicho Código. Este encargo culminó en la Propuesta de Anteproyecto de Código Mercantil (PCM 2013), presentada por la propia CGC al nuevo Ministro de Justicia, Sr. D. Alberto RUIZ GALLARDÓN en Madrid el 17 junio 2013 (1ª y 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid 2013, disponible en "<http://www.mjusticia.gob.es>"), en cumplimiento del mandato normativo en el que se recogió dicha encomienda mediante la OM de 7 noviembre 2006¹⁵. Posteriormente, y tras las oportunas consultas entre los diversos sectores interesados, se introdujeron una serie de importantes modificaciones en la PCM 2013, de forma que el nuevo texto pasó a verse aprobado como Anteproyecto de Ley del Código Mercantil en el Consejo de Ministros de 30 mayo 2014 (ACM 2014), actualmente en tramitación¹⁶.

Con carácter general, la delimitación de la materia mercantil establecida tanto en la PCM 2013 como en el ACM 2014 ha venido a responder a la evolución y a las necesidades actuales de la realidad del tráfico económico¹⁷. De ahí que se hayan superado los planteamientos más clásicos propios del vigente Ccom. y de la época en la que fue promulgado, a finales del s. XIX, y se haya optado por un criterio basado en el mercado y en la participación en el mismo como objeto de este futuro cCódigo. Un criterio semejante ha de gravitar sobre la figura de los operadores de mercado, más global y omnicomprendensiva que el concepto más limitado de empresario, concebidos aquéllos como quiénes intervienen en actividades de producción o intercambio de bienes o servicios en el mercado¹⁸.

Atendiendo a la evidente y estrecha ligazón de la competencia y de su régimen jurídico al mercado y a su actividad, asumir tales elementos a modo de nuevos criterios delimitadores de la materia mercantil implicaba incluir en el futuro Código mercantil la

¹⁵ Reproducida en PCM 2013, *op. cit.*, p. 11.

¹⁶ Sobre ambos textos, *vid.* BERCOVITZ, A., "La Propuesta de Código Mercantil de la Comisión General de Codificación", en RDM, 289 (2013), pp. 35-42, ILLESCAS ORTIZ, R., "La Propuesta de Código Mercantil de 2013 (editorial)", en DN, 270 (2013), pp. 5-6, y VV.AA, *Hacia un nuevo Código...*, *cit.*

¹⁷ En este sentido, *vid.* BERCOVITZ, A., "Presentación del Anteproyecto de Código Mercantil", y OLIVENCIA, M., "Delimitación de la materia mercantil", ambos en *Hacia un nuevo Código...*, *op. cit.*, pp. 37-54 (42), y pp. 57-67 (58), respectivamente.

¹⁸ Así se indica en el ap. 5) *Empresarios y operadores del mercado*, parágrafo I-23, del epígrafe I.- *Consideraciones generales*, y en el ap. 1) *Derecho de la competencia y moderno Derecho mercantil*, parágrafos IV-1 y IV-2, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, y en sus arts. 001-1 a 001-3, de la E. de M. PCM 2013 y de la E. de M. ACM 2014; al respecto, *vid.* BERCOVITZ, A., "Presentación", *op. cit.*, pp. 41-43, y OLIVENCIA, M., "Delimitación...", *op. cit.*, pp. 61-67.

regulación de la competencia en sus diferentes facetas¹⁹. Nuestras actuales normas del Derecho de la competencia se establecen en Leyes mercantiles especiales, tales como la propia LCD y la Ley 15/2007, de 3 julio (BOE 159, de 4 julio 2007), de Defensa de la Competencia (LDC)²⁰, entre otras. De hecho, la pretensión de los redactores²¹ de esta parte de la PCM 2013 y del ACM 2014 ha consistido básicamente en compilar con una sistemática más global y adecuada las disposiciones de dichas Leyes alterando sus mandatos lo menos posible, en lo que se ha dado en denominar como una suerte de "consigna ... de <<intervención mínima>>"²². El resultado de esta labor ha sido el Libro III de ambos textos prenormativos, que agrupa los preceptos sustantivos relativos a la competencia en su más amplio sentido bajo la rúbrica "Del Derecho de la competencia y de la propiedad industrial", estructurados en varios Tít., a saber, I.- De los principios generales en materia de competencia (arts. 310-1 a 310-3), II.- De la competencia desleal (arts. 321-1 y 322-1 a 322-15)²³, III.- De la defensa de la competencia (arts. 330-1 a 330-2 [arts. 331-1 a 331-8, 332-1 a 332-16 y 333-1 PCM 2013])²⁴, IV.- De las acciones derivadas de la Competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia (arts. 341-1 a 341-4 y 342-1 [arts. 341-1 a 341-4 y 342.1 a 342-2 PCM 2013]), V.- De los códigos de conducta (arts. 350-1 a 350-2), y VI.- De la propiedad industrial (arts. 360-1 a 360-13)²⁵. Como se desprende de todo ello, se han añadido asimismo una serie de previsiones generales en torno a la propiedad industrial (dejando que cada una de sus diversas modalidades sigan viéndose contempladas en sus propias Leyes especiales) en el reiterado Tit. VI, en una opción no exenta de discusión²⁶, pero que confirma la fuerte vinculación de ambos sectores jurídicos

¹⁹ Así se indica en el ap. 4) *Derecho mercantil y Derecho de la competencia*, parágrafo I-2, del epígrafe I.- *Consideraciones generales*, y en el ap. 1) *Derecho de la competencia y moderno Derecho mercantil*, parágrafo IV-1 del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013, y en los mismos aps., párrafos I-27 y IV-1, de los mismos epígrafes de la E. de M. ACM 2014; en el mismo sentido, *vid.* BERCOVITZ, A., "Presentación", *cit.*, pp. 47-52, y PAZ-ARES, C., "La codificación del Derecho de la competencia: valoración general", en *Hacia un nuevo Código...*, *op. cit.*, pp. 251-256 (251).

²⁰ Sobre la LDC, *vid.* VV.AA (Dtors.: FOLGUERA CRESPO, J., GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A., MASSAGUER, J., y SALA ARQUER, J. M.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, 3º ed., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor 2012, y VV.AA (Coord.: LOMA-OSORIO LERENA, D.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, 1º ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2013.

²¹ La elaboración de esta parte de la PCM 2013 y del ACM 2014 fue encomendada al Grupo de Derecho de la Competencia creado a tales efectos dentro de la propia SDM de la CGC, e integrado por los Profs. D. J. MASSAGUER, D. J. ALFARO y D. C. PAZ-ARES, como expresamente indica éste último en "La codificación...", *op. cit.*, p. 251.

²² En este sentido, *vid.* PAZ-ARES, C., "La codificación...", *op. cit.*, pp. 251-252.

²³ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 257-277, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 21-31.

²⁴ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., "La regulación...", *op. cit.*, pp. 31-33.

²⁵ Al respecto, *vid.* MACÍAS MARTÍN, J., "La propiedad industrial en la propuesta de Código Mercantil", en *Hacia un nuevo Código...*, *op. cit.*, pp. 279-295.

²⁶ Al respecto, *vid.* BERCOVITZ, A., *ibidem*, y MACÍAS MARTÍN, J., "La propiedad industrial...", *op. cit.*, pp. 279-280, a favor de esta opción, y PAZ-ARES, C., "La codificación...", *op. cit.*, pp. 252-256, mucho más crítico.

asumida por la mejor doctrina dentro y fuera de nuestras fronteras²⁷. Esta es, pues, la perspectiva de fondo que ofrece el proyectado Código Mercantil en este ámbito.

2.2. La ubicación sistemática del régimen de la competencia desleal: en particular, la incidencia de los principios generales en materia de competencia

La mera inclusión de la competencia desleal en el Libro III PCM 2013 y ACM 2014 ya representa, en sí misma, un dato de consecuencias nada desdeñables: En concreto, supone que, como es obvio, las disposiciones a este respecto, contenidas en el Tít. II de este Libro III PCM 2013 y ACM 2014, han de verse interpretadas y aplicadas en el contexto delimitado por los preceptos de su Tít. I, sobre los principios generales en materia de competencia. Tal vez esta declaración resulte algo inexacta, puesto que lo que verdaderamente se contempla en los arts. 310-1 a 310-3 PCM 2013 y ACM 2014 son los intereses protegidos mediante este sector del ordenamiento, así como su ámbito objetivo y subjetivo, respectivamente²⁸. No obstante, lo que quizá pretendía expresar el prelegislador era su voluntad de someter a un marco común las diversas disciplinas del Derecho de la competencia *latu sensu*, a saber, Derecho de la libre competencia, Derecho de la competencia desleal y propiedad industrial²⁹. Ello se ha hecho mediante la traslación a dichos arts. 310-1 a 310-3 de los mandatos actualmente establecidos en los arts. 1 a 3 LCD, con los que guardan un marcado paralelismo³⁰, lo que recalca la vocación generalista de la competencia desleal respecto de las otras dos ramas del Derecho de la competencia³¹, pese a la relativa contradicción que ha supuesto a tales efectos la salida del futuro Código Mercantil de la mayor parte del régimen de defensa

²⁷ En este sentido, *vid.* BERCOVITZ, A., "La formación del Derecho de la competencia", en ADI, 2 (1975), pp. 61-81, así como ASCARELLI, T., *Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales* (trad. de E. VERDERA y L. SUAREZ-LLANOS), 1ª ed., Bosch, Barcelona 1970, especialmente pp. 47-56, y MASSAGUER, J., "Aproximación sistemática general al Derecho de la competencia y de los bienes inmateriales", en RGD, 544.545 (1990), pp. 245-263.

²⁸ *Vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 259, y "La regulación...", *cit.*, pp. 16-17.

²⁹ Así se indica en el ap. 3) *Disposiciones generales del Derecho de la competencia*, parágrafo IV-4, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013, y en los mismos ap., parágrafo y epígrafe de la E. de M. ACM 2014.

³⁰ Así se indica igualmente en el ap. 3) *Disposiciones generales del Derecho de la competencia*, parágrafo IV-4, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013, y en los mismos ap., parágrafo y epígrafe de la E. de M. ACM 2014; en el mismo sentido, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*. Sobre los vigentes arts. 1 a 3 LCD, *vid.* BERCOVITZ, A., "Artículo 1. Finalidad.", "Artículo 2. Ámbito Objetivo.", y "Artículo 3. Ámbito Subjetivo.", todos ellos en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *cit.*, pp. 73-77, 79-84, y 85-90, respectivamente, GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *cit.*, pp. 1148-1165, y LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., "Artículo 1. Finalidad.", "Artículo 2. Ámbito Objetivo.", y "Artículo 3. Ámbito Subjetivo.", todos ellos en *Prácticas comerciales desleales...*, *op. cit.*, pp. 41-45, 45-54, y 54-60, respectivamente.

³¹ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*, GARCÍA PÉREZ, R., "La reforma del Derecho contra la competencia desleal: ¿Hacia el Derecho de la lealtad?", y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La ampliación del concepto de competencia desleal", ambos en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI [Libro homenaje al Prof. Dr. D. Carlos FERNÁNDEZ NOVOA en su octogésimo cumpleaños]* - VV.AA.; Eds., GÓMEZ SEGADE, J. A. y GARCÍA VIDAL, A. -, 1ª ed., Marcial Pons, Madrid 2010, pp. 323-329 (324-325), y pp. 391-399 (392-393), respectivamente.

de la competencia³², reducido en el ACM 2014 a unas mínimas prohibiciones más bien programáticas, a desarrollar en la actual LDC³³, que permanecería vigente y fuera de la codificación mercantil. Por lo demás, se trata de una más de las diversas modificaciones del Libro III tras su paso de la PCM 2013 hasta el ACM 2014, y que han afectado en alguna medida a los reiterados arts. 310-1 a 310-3 de ambos textos prenormativos.

La primera de estas modificaciones se observa en la tipificación de los intereses protegidos mediante las normas de competencia que se establece en el art. 310-1 ACM 2014, según el cual dichas normas tienen por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. Comparando esta redacción con la de la PCM 2013, destaca como elemento positivo la concepción más detallada del bien jurídico a proteger a través de esta rama del ordenamiento, es decir, la competencia como principio básico rector de la ordenación del tráfico económico y del mercado, en línea con la configuración de la materia mercantil llevada a cabo en el art. 001-1 ACM 2014³⁴. Sin embargo, la principal disfunción de la que adolece el art. 310-1 radica, justamente, en su deficiente delimitación de los referidos intereses protegidos mediante la normativa sobre competencia, cuando era esta la finalidad fundamental de esta disposición: Si en la PCM 2013 se pretendía atender a los intereses de todos los partícipes en el mercado, el referido precepto *in fine* sólo alude a los intereses de los consumidores y usuarios, lo que tiene poco sentido, no sólo por ser muy numerosos los ilícitos concurrenciales destinados a defender diversos intereses de los operadores económicos³⁵, tanto en nuestra normativa interna como en el marco del Derecho de la UE³⁶, sino también por mostrar poca coherencia con la inclusión en el ámbito de aplicación de estas normas a operadores económicos y a cualesquiera personas físicas o jurídicas que participen en el mercado que se prevé en el art. 310-3.2 ACM 2014,. De ahí que se revele conveniente recuperar la versión inicial de la enumeración de estos intereses en el art. 310-1 PCM 2013, así como una clara prohibición de la competencia desleal y de las conductas

³² Sobre el particular, *vid.* MASSAGUER, J., "La regulación...", *cit.*, pp. 31-32.

³³ Así se indica en el ap. 5) *Normas sustantivas de defensa de la competencia*, parágrafo IV-6, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. ACM 2014, frente a la voluntad anteriormente expresada en los mismos ap., parágrafo y epígrafe de la E. de M. PCM 2013 de incluir en el Código Mercantil todas las normas sustantivas en esta materia, dejando fuera tan sólo las disposiciones de carácter orgánico y procedimental; para ampliar información, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*.

³⁴ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 259 y 260, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 16-18.

³⁵ Así, son frecuentes las alusiones al empresario o a los operadores económicos en el tenor literal de los diversos preceptos en los que se tipifican los ilícitos concurrenciales y que integran el Cap. II, *De los actos de competencia desleal*, del Tít II, *De la competencia desleal*, del Libro III PCM 2013 y ACM 2014, como por ejemplo los arts. 322-2.2 c) y f), 322-2.3, 322-3.2 b), 322-4 d), j), o), v), 322-9.1 y 3, 322-11, 322-12.2, entre otros; en sentido similar, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *cit.*, pp. 263 y 264, y del mismo autor, "La regulación...", *op. cit.*, pp. 17 y 18.

³⁶ Al respecto, citando la prohibición de la publicidad engañosa tipificada en el art. 2 b) DPE, entre otros ejemplos, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 260 y 261, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 17 y 18.

anticoncurrenciales similar a la establecida en el reiterado precepto, y que en la ACM 2014 ha de inferirse de una interpretación sistemática y teleológica del conjunto de sus mandatos en este ámbito³⁷.

También ha habido modificaciones en el ámbito objetivo, regulado en el art. 310-2 ACM 2014, si bien de alcance y ponderación muy diferentes a las anteriores, tanto por ser de menor calado, cuanto por estar claramente justificadas. De manera muy similar a su versión previa en la PCM 2013, se establece que las normas sobre competencia serán de aplicación a las conductas realizadas en el mercado y con fines concurrenciales (art. 310-2.1), y se mantiene inalterada la presunción de la finalidad concurrencial en los actos objetivamente idóneos para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero, incluida la contratación o ejecución de contratos relativos a tales prestaciones (art. 310-2.2). Esta redacción inicial ya merecía una valoración favorable, una vez más por su coherencia con la delimitación de la materia mercantil llevada a cabo mediante los arts. 001-1 y 001-3 PCM 2013 y ACM 2014, entre otros motivos. Sin embargo, el reiterado art. 310-2 ACM 2014 ha mejorado tras haberse añadido al final del primer párrafo de este precepto que las referidas conductas concurrenciales pueden tener lugar antes, durante o después de una operación comercial, lo que entronca de modo evidente con la incorporación de las previsiones al respecto contenidas en el art. 2 d) *in fine* DPCDC³⁸, en el que se define el concepto de prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores.

En cuanto a las modificaciones referentes al ámbito subjetivo, regulado en el art. 310-3 ACM 2014, cabe decir que se mantiene inalterada la innecesidad de acreditar la existencia de una relación competitiva entre los sujetos activo y pasivo de la conducta desleal o restrictiva de la competencia para aplicar las normas sobre competencia (art. 310-3.1). Sin embargo, ha sido necesario añadir un segundo párrafo a este precepto, en el que se ha establecido la aplicabilidad de dichas normas a los operadores del mercado y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. El evidente carácter omnicomprendivo de la expresión utilizada resulta muy acertado, por ejemplo por su coherencia con la delimitación del ámbito subjetivo de la materia mercantil determinada en el art. 001-2 PCM 2013 y ACM 2014³⁹. Sin embargo, es también obvio que el art. 310-3.2 ACM 2014 responde en gran medida a la finalidad de paliar los inconvenientes derivados de ya expuesta y poco comprensible limitación a los intereses de los consumidores como los únicos protegidos en este sector del ordenamiento según el art. 310-1 *in fine* ACM 2014; ello permite aplicar sin trabas estas normas a quienes participan en el mercado y así, atemperar hasta cierto punto la anterior

³⁷ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *cit.*, pp. 261 y 262, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 17 y 18.

³⁸ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 262, y "La regulación...", *op. cit.*, p. 19; sobre la compleja relación entre competencia desleal y Derecho de los contratos, reconocida en el art. 3.2 DPCDC al establecerse en el mismo que las disposiciones de esta Directiva se aplicarán sin perjuicio del Derecho contractual, en especial las normas sobre validez, formación o efecto de los contratos, *vid.* BERCOVITZ, A., "Artículo 2...", *op. cit.*, pp. 83-84.

³⁹ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 263, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 19-20.

disfunción. No obstante, sería preferible una vez más, en aras de una técnica legislativa más adecuada, simplificar la redacción de ambos artículos recuperando su versión inicial en la PCM 2013, si bien introduciendo en el reiterado art. 310-1 *in fine* la alusión a los intereses de todos los partícipes en el mercado con la dicción literal que aparece en el art. 310-3.2.

2.3. La prohibición general de la competencia desleal: la cláusula general

La competencia desleal se regula específicamente en el Tít. II del Libro III PCM 2013 y ACM 2014, dividido en dos Caps., a saber, I. De la prohibición general de la competencia desleal, y II. De los actos de competencia desleal. El primero de ellos sólo cuenta con un único precepto, el art. 321-1, sobre la cláusula general⁴⁰, lo que entronca así con el vigente art. 4 LCD, también sobre dicha cláusula⁴¹.

De nuevo se observa el mismo afán sistematizador y de intervención mínima en el paralelismo entre las disposiciones de la LCD y el futuro régimen de la cláusula general en el precepto en comentario, sobre todo atendiendo al mantenimiento inalterado de la incorporación de la DPCDC⁴². De esta manera, lo que se tipifica en el art. 321-1 PCM 2013 y ACM 2014 no es una prohibición propiamente dicha de los comportamientos desleales en el tráfico, por lo demás inexistente en la ACM 2014, como ya se indicó, salvo por lo que hace a la rúbrica de este Cap. I, que no se corresponde así con su contenido, lo que ha merecido una vez más severas críticas entre la doctrina⁴³. Lo que realmente se establece en este artículo es una cláusula general de deslealtad⁴⁴, es decir, una delimitación de los criterios generales para ponderar las

⁴⁰ Sobre el art. 4 LCD y la cláusula general en nuestro Derecho vigente, *vid.* BERCOVITZ, A., "Artículo 4. Cláusula general.", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *cit.*, pp. 93-113, GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *op. cit.*, pp. 1165-1203, GÓMEZ SEGADE, J. A., "La nueva cláusula general en la LCD", y OTERO LASTRES, J. M., "El juez y los parámetros de conducta en la propiedad industrial y la competencia desleal", ambos en *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI...*, *op. cit.*, pp. 331-343, y pp. 475-486, respectivamente, en la misma obra, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La ampliación...", *op. cit.*, MASSAGUER, J., *El nuevo derecho...*, *op. cit.*, pp. 88-95, y "La cláusula general de prohibición de la competencia desleal", en *Competencia desleal y defensa de la competencia* (VV.AA; coord., FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R.), 1ª ed., GGPJ, Madrid 2002, pp. 93-142, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 80-97, MARTÍNEZ SANZ, F., "Cláusula general (comentario al artículo 5)", en *Comentario práctico...*, *op. cit.*, pp. 61-77, RUIZ PERIS, J. A., "La reforma de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal", en *La reforma de la Ley de Competencia Desleal...*, *op. cit.*, pp. 37-59, también publicado con el título, "El laberinto de la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal", en ADI, 30 (2010), pp. 435-454, PATIÑO ALVES, B. y DíEZ BAJO, A., "Artículo 4. Cláusula general.", en *Prácticas comerciales desleales...*, *cit.*, pp. 60-97, GARCÍA PÉREZ, R., "Las disposiciones generales y la cláusula general de la Ley de Competencia Desleal a la luz de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales", en GJ, 242 (2006), pp. 60-73, y MAMBRILLA RIVERA, V., "Prácticas comerciales...", *op. cit.*, (II).

⁴¹ Así se indica en el ap. 4) *Competencia desleal*, parágrafo IV-4, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013 y ACM 2014.

⁴² En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *cit.*, p. 265, y "La regulación...", *op. cit.*, p. 22.

⁴³ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *cit.*, pp. 261 y 262, y 264, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 17 y 18 y 21.

⁴⁴ En este sentido, *vid.* GÓMEZ SEGADE, J. A., "La nueva cláusula general ...", *op. cit.*, p. 332.

conductas que han de ser consideradas desleales, y que pueda responder así a una doble finalidad: De un lado, la cláusula general actúa a modo de declaración programática que permita interpretar correctamente las normas reguladoras de cada uno de los diferentes actos de competencia desleal en concreto; de otro, la cláusula general cumple asimismo una función residual y de cierre del sistema, y que, por ejemplo, pueda ser objeto de aplicación directa para erradicar ilícitos concurrenciales no expresamente contemplados entre tales actos, como ya sucede en la actualidad en relación con el reiterado art. 4 LCD⁴⁵.

El resultado ha sido una norma de contenidos muy similares a los del vigente art. 4 LCD: Así, el parámetro general de deslealtad en relación con cualesquiera ilícitos concurrenciales sigue siendo la contravención objetiva de las exigencias de la buena fe (art. 321-1.1 PCM 2013 y ACM 2014), mientras que en las relaciones con los consumidores se exige la contravención de los requisitos de la diligencia profesional⁴⁶ y la susceptibilidad de distorsionar el comportamiento del consumidor medio destinatario de la conducta de que se trate, y atendiendo al tipo medio de consumidor en cuestión en el caso de grupos de consumidores especialmente vulnerables (art. 321-1.2 PCM 2013 y ACM 2014). Sin embargo, el art. 321-1 se revela muy superior al precepto del que trae causa desde un punto de vista de técnica legislativa, sobre todo por las mayores brevedad y simplicidad de su segundo párrafo⁴⁷, que evita así la farragosa y casuística

⁴⁵ Sobre la aplicación directa del art. 4 LCD como norma sustantiva, *vid.* MASSAGUER, J., *Comentario...*, *cit.*, pp. 147-149, del mismo autor, "La cláusula general...", *op. cit.*, p. 108, "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 264-265, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 21-23, MARTÍNEZ SANZ, F., "Cláusula general...", *op. cit.*, pp. 64-67, GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *cit.*, pp. 1169-1179, y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "La ampliación...", *op. cit.*, pp. 397-399, y las SS. TS (Sala de lo Civil) de 22 enero 1999 (RJ 1999\631, caso "Premenaca", comentado por SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., en RGD, 670-671 [2000], pp. 9589-9608), 24 noviembre 2006 [RJ 2007\262, caso "Casa Márquez"], 23 marzo, 30 mayo, 8 octubre y 28 noviembre 2007 (RJ 2007\2317, 2007\3607, 2007\6805, y RJ 2007\8455, casos "Philip Morris", "Vibia", "Schindler" y "Panini", respectivamente, ésta última comentada por MAROÑO GARGALLO, M. M., en CCJC, 77 [2008], pp. 903-923), 15 diciembre 2008 [RJ 2009\153, caso "La botica de la abuela"], 10 febrero 2009 (RJ 2009\1480, caso "Fotoprix", comentado por MARCO ARCALÁ, L. A., en CCJC, 82 [2010], pp. 125-144), 22 noviembre 2010 (RJ 2011\561, caso "Mares"; comentado por IRACULIS ARREGUI, N., en CCJC, 86 [2011], pp. 1325-1346, y por SUÑOL LUCEA, A., en "Los elementos estructurales que definen la conducta sometida a la Ley de Competencia Desleal", en RDM, 284 [2012], pp. 181-226), 11 febrero 2011 (RJ 2011\2349, caso "Caliter"), 21 febrero y 13 noviembre 2011 (RJ 2012\4630 y 2013\10, casos "Albea" y "Plastecnic", respectivamente), y 19 junio 2013 (RJ 2013\6716, caso "Funciona"), y las SS. AP (Civil, Secc. 3ª) de Guipúzcoa de 19 junio 2000 (AC 2005\1124, caso "Aneuter"), de Orense (Civil, Seccs. única y 2ª, respectivamente) de 15 marzo 2001 (AC 2001\460; caso "Orgadisa") y 10 mayo 2004 [AC 2004\857, caso "Federación Gallega de Empresarios de Gimnasios"], de Barcelona [Civil, Secc. 15ª] de 24 abril y 22 octubre 2001 (AC 2001\1035 y JUR 2004\13988, casos "Yanso" y "Microservice", respectivamente), 20 febrero y 18 diciembre 2002 (JUR 2004\14023 y JUR 2004\14155, casos "Perelada" y "Danone/Nestlé", respectivamente), 11 marzo, 11 junio, 20 octubre, 13 y 14 noviembre y 23 diciembre 2003 (JUR AC 2004\242, JUR 2004\55004, JUR 2004\16129, JUR 2004\4992, JUR 2004\222597, y JUR 2004\90146, casos "Software", "Pulp & Paper", "Ermita d'Espells", "Fivent", "Bauman" y "Tenneco", respectivamente), de 26 noviembre 2004 (AC 2004\2199, caso "Districhen"), y 4 mayo 2005 (AC 2004\2199, caso "Districhen"), de Málaga (Civil, Secc. 6ª) de 25 enero 2007 (JUR 2007\177471, caso "Miconic"), y de Murcia (Civil/Secc. 4ª), de 29 septiembre 2011 (AC 2011\2209, caso "Inter Baby").

⁴⁶ Sobre esta figura, *vid.* GARCÍA PÉREZ, R., "La diligencia profesional: un concepto clave del nuevo Derecho contra la competencia desleal", en AFDUDC, 14 (2010), pp. 23-37.

⁴⁷ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 265 y 266, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 22 y 23.

enumeración de supuestos de deslealtad con los consumidores del art. 4.1.2 LCD, tan criticada entre la doctrina⁴⁸, y que recoge en un único apartado las previsiones actualmente desglosadas en los arts. 4.2 y 4.3 de la misma Ley. De ahí, pues, que el régimen de la cláusula general en el nuevo Código Mercantil merezca una valoración muy favorable⁴⁹.

2.4. La dicotomía entre actos de competencia desleal y prácticas comerciales desleales con los consumidores: el nuevo enfoque de la cuestión en la proyectada codificación mercantil

Uno de los aspectos más polémicos en la incorporación de la DPCDC llevada a cabo mediante la LRLCD ha sido, sin duda, la dicotomía que introdujo en la LCD entre actos de competencia desleal (figura ya existente con anterioridad), y prácticas comerciales desleales con los consumidores (una de las principales novedades aportadas por la LRLCD y la DPCDC). Ello dio lugar a la introducción de una estructura dual en la LCD que ha planteado problemas de superposición de sus diferentes preceptos⁵⁰. Esta estructura dual ha pasado a la cláusula general del art. 321-1 PCM 2013 y ACM 2014⁵¹, pero no a la tipificación de las conductas consideradas como desleales en ambos textos prenormativos, configuradas en muchos casos con visión unitaria. De esta manera, y en toda una labor integradora, las prácticas comerciales desleales con los consumidores pasan a ser en la PCM 2013 y en el ACM 2014 lo que siempre debieran haber sido: supuestos específicos de determinados actos de competencia desleal, en concreto de las actuaciones de carácter engañoso o agresivo⁵², y sin que tal calificación impida que tales prácticas puedan ser perseguidas con arreglo a la normativa de protección del consumidor, según se determina en el art. 342-1 ACM 2014⁵³, único ubicado en el Cap. II. De la represión de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia, del Tít IV. De las acciones derivadas de la competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia, del Libro III. En consecuencia, esta nueva opción permitirá superar la polémica antes indicada, y resultará muy superior a la LCD

⁴⁸ Sobre tales críticas, *vid.* la doctrina *cit. supra* en la n. 40, especialmente GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *cit.*, pp. 1138-1148, RUIZ PERIS, J. A., "La reforma...", *op. cit.*, y "El laberinto...", *op. cit.*

⁴⁹ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*.

⁵⁰ Sobre esta polémica y estos problemas, *vid.* la doctrina *cit. supra* en las nn. 8, 14 y 48, especialmente BERCOVITZ, A., "Nociones introductorias", *op. cit.*, pp. 68-69, TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 34-38 (hablando de "fragmentación" del Derecho de la competencia desleal), GARCÍA-CRUCES, J. A., *ibidem*, y RUIZ PERIS, J. A., "Panorámica..." *op. cit.*, y "Una reforma..." *op. cit.*

⁵¹ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 265, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 22 y 23.

⁵² En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 267-268, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 23 y 24.

⁵³ En la PCM 2013, la rúbrica de este Cap. II era "De la represión administrativa de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia", y contaba con dos preceptos, a saber, este art. 342-1, inalterado en ambos textos prenormativos, y el art- 342-2, sobre infracción en materia de defensa de la competencia, que ha desaparecido de la presente ACM 2014, una vez más en la pretensión de dejar inalterada en lo posible la vigente LDC (sobre el particular y las críticas que ello suscita, *vid.* MASSAGUER, J., "La regulación...", *op. cit.*, pp. 31-33).

desde una perspectiva técnico-legislativa, pues aportará una sistemática más clara y sencilla, que facilitará la correcta delimitación de los diversos ilícitos concurrenciales enumerados en la legislación sobre competencia desleal y así, su adecuada interpretación y aplicación, lo que le hace acreedora una vez más de una valoración muy positiva.

2.5. Breve referencia a las acciones derivadas de la competencia desleal

Al igual que en los arts. 32 a 36 LCD⁵⁴, también se incluyen en la PCM 2013 y en el ACM 2014 algunas disposiciones en materia de acciones derivadas de la competencia desleal, en el Tít. IV de su Libro III, Tít. dividido en dos Caps., a saber, I. De las acciones (arts. 341-1 a 341-4), y II. De la represión de ciertos actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la competencia (art. 342-1), éste último para hacer compatibles estas acciones con los procedimientos administrativos de prevención de la competencia desleal desde la legislación de protección del consumidor (lo que sería trasladable *mutatis mutandis* a las prácticas restrictivas de la libre competencia en lo tocante a la LDC, pese a la supresión en la ACM 2014 del art. 342-2 PCM 2013⁵⁵). Una primera aproximación a estos preceptos ya deja bien patentes diversas novedades que contradicen la inicial y más bien aparente intención del prelegislador de limitarse a recopilar y estructurar el régimen actual de las acciones contra la competencia desleal de los reiterados arts. 32 a 36 LCD⁵⁶. Una aportación evidente y nada desdeñable ha sido la extensión de este régimen a las prácticas restrictivas de la libre competencia, como se desprende de la propia rúbrica de este Tít IV PCM 2013 y ACM 2014, y, sobre todo, del tenor literal de sus arts. 341-1, en su primer párrafo, 341-2.1, 341-3.1 y 341-4, en su primer inciso. Ello no sólo vendría a colmar una importante laguna en nuestra legislación sobre libre competencia, sino que supone un avance significativo de cara a la incorporación de la Directiva 2014/104/UE, del PE y del Consejo, de 26 noviembre 2014 (DOUE L 349, de 5 diciembre 2014), relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del

⁵⁴ Al respecto, *vid.* TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 347-498, CERVERA MARTÍNEZ, M., "Acciones y legitimación ante un acto de competencia desleal: prescripción", en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, *cit.*, t. II, pp. 1843-1942, VEGA VEGA, J. A., "Artículo 32. Acciones.", "Artículo 33. Legitimación activa.", y "Artículo 34. Legitimación pasiva.", BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., "Artículo 35. Prescripción", y SÁNCHEZ BARRIOS, M. I., "Artículo 36. Diligencias preliminares", todos ellos en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *cit.*, pp. 847-887, 889-928, 929-954, 955-982, y 983-1002, respectivamente, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., "Artículo 32. Acciones.", "Artículo 33. Legitimación activa.", y "Artículo 34. Legitimación pasiva.", MORÁN MEDINA, C., "Artículo 35. Prescripción", y GAVILÁN LÓPEZ, J., "Artículo 36. Diligencias preliminares", todos ellos en *Prácticas comerciales desleales...*, *op. cit.*, pp. 486-518, 519-544, 545-559, 560-581, y 582-597, respectivamente.

⁵⁵ *Vid. supra* n. 53.

⁵⁶ Así se indica en el ap. 6) *Remedios y normas procesales*, párrafo IV-7, del epígrafe IV.- *Libro Tercero: del Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial*, de la E. de M. PCM 2013, y en los mismos ap., párrafo y epígrafe de la E. de M. ACM 2014.

Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE (DIDC)⁵⁷, pese a que es obvio que se requerirán ulteriores y más amplias actuaciones normativas a tales efectos.

Es cierto que se ha querido mantener lo más inalterados posible los mandatos de la vigente LCD a este respecto, pero, sin duda, se ha aprovechado la inevitabilidad de estas modificaciones a que daba lugar la ampliación de este régimen de acciones a las prácticas restrictivas de la libre competencia para introducir, además, algunos ajustes técnicos puntuales en el tenor literal de los reiterados arts. 341-1 a 341-4 PCM 2013 y ACM 2014. Algunos de estos ajustes versan sobre la simplificación y precisión en la redacción utilizada⁵⁸, pero otros se muestran más relevantes: Así, destaca la supresión en el art. 341.1 de la referencia directa y expresa a la publicación, en su caso, de la sentencia condenatoria o de una declaración rectificadora contemplada en el actual art. 32.2 LCD, muy polémico⁵⁹, la cual pasaría a ser una actuación subsumible en la acción de remoción y, como tal, sólo se llevaría a cabo a instancia de parte interesada y no de

⁵⁷ Al respecto, *vid.* PEÑA LÓPEZ, F., *La responsabilidad civil y la nulidad derivadas de la realización de un ilícito antitrust [aspectos procesales y sustantivos de las acciones civiles en el derecho a la defensa de la competencia]*, 1ª ed., Comares, Granada 2002, ORTIZ BAQUERO, I. S., *La aplicación privada del Derecho de la competencia. Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, 1ª ed., La Ley Wolters Kluwer, Madrid 2011, ALONSO SOTO, R., "El interés público en la defensa de la competencia", en *La modernización del Derecho de la Competencia en España* [AA.VV.; Dirs.: MARTÍNEZ LAGE, S. y PETITBÓ JUAN, A.], 1ª ed., Marcial Pons, Madrid 2005, pp. 31-46, del mismo autor, "La aplicación privada del Derecho de la competencia", en *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales* [AA.VV.; Coords.: FONT I RIBAS, A., y GÓMEZ TRINIDAD, S.], 1ª ed., Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 123-133, CANTOS, F., CARRERA, E. y GONZALO, P., "La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho comparado: la Propuesta de directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita", en *GJUE*, 36 [2013] pp. 33-53, JIMÉNEZ LATORRE, F., "Las reclamaciones de daños por infracciones de la competencia", en *GJUE*, 25 [2012], pp. 5-8, SANCHO GARGALLO, I., "Aplicación privada de las normas antitrust", en *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, *cit.*, t. I, pp. 907-960, MARCO ARCALÁ, L. A., "Indemnización de daños y perjuicios derivados de ilícitos contra la libre competencia por infracción de reglas sobre acuerdos verticales", en *RDC*, 14 (2014), pp. 1-27, a publicar también (EN PRENSA), en *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del Derecho contractual europeo. Repercusiones en el Derecho español y en la práctica contractual* (VV.AA.; Dir. CARBAJO CASCÓN, F.), 1ª ed., Tirant Lo Blanch y Universidad de Salamanca, Valencia 2015, pp. 581-605, entre otros muchos.

⁵⁸ *V.gr.*, la supresión del tenor literal del art. 341-2.1 PCM 2013 y ACM 2014 la referencia expresa a las personas físicas y jurídicas del actual art. 33.1 LCD, o a la legitimación activa relativa a las acciones contra la publicidad ilícita del vigente art. 33.2 de la misma Ley (en la misma línea integradora de la publicidad ilícita en la competencia desleal ya señalada *supra*), o la reordenación de la ubicación sistemática de la remisión al art. 11.2 de la Ley 1 /2000, de 7 enero (BOE 7, de 8 enero 2000), de Enjuiciamiento Civil (LEC), en lo tocante a los requisitos de la legitimación activa de las entidades enumeradas en dicho precepto para incoar una acción por resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, que se sitúa en el art. 341-2.3 de ambos textos prenormativos. Cabe indicar, asimismo, pese a su escasa relevancia, que sería deseable la corrección de meras erratas: así, se observan en el tenor literal del reiterado art. 341-2.1 PCM 2013 y ACM 2014 referencias expresas a "números", en relación con las acciones previstas en el art. 341-1 de ambos textos, acciones que se ven tipificadas en *aps.* designados con letras y no con números; por otra parte, se ha omitido en el art. 341-3.2, respecto de la legitimación pasiva de colaboradores y trabajadores, la reiterada extensión de este régimen a las prácticas restrictivas de la libre competencia, puesto que sólo se alude a los actos de competencia desleal.

⁵⁹ Sobre esta controversia, *vid.* TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 401-409, CERVERA MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 1880-1883, VEGA VEGA, J. A., "Artículo 32...", *cit.*, pp. 880-884, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., "Artículo 32...", *op. cit.*, pp. 508-511, y MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 275, y del mismo autor, "La regulación...", *op. cit.*, p. 34.

oficio⁶⁰. También es importante, a efectos de la legitimación pasiva de los cooperadores en el acto de competencia desleal o en la práctica restrictiva de la libre competencia, el requisito previsto en el art. 341-3.1 de que su cooperación se haya producido por medio de una conducta específicamente encaminada a hacer posible la realización de dicho acto, para evitar una extensión desmesurada de esta modalidad de legitimación pasiva⁶¹. Por lo demás, desaparece asimismo del art. 341-4 el párrafo segundo del presente art. 35 LCD, es decir, la remisión en materia de prescripción de las acciones en defensa de intereses generales, colectivos o difusos al art. 56 TrLGDCU, lo que se debe a la incompatibilidad del carácter imprescriptible de la acción de cesación reconocida en tal precepto con el criterio de prescripción de los actos de competencia desleal y de las prácticas restrictivas de la libre competencia de carácter continuado o sucesivamente reiterados, que tendrá lugar desde el momento en que desaparezca el riesgo de repetición de tales conductas, lo que, obviamente, quebraría tal imprescriptibilidad⁶². Se trata, pues, de un conjunto de aportaciones muy positivas que incrementan la idoneidad técnica de la normativa en comentario.

3. LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES CON LOS CONSUMIDORES EN LA PROPUESTA DE CÓDIGO MERCANTIL

Las prácticas comerciales desleales con los consumidores se han visto introducidas en nuestro Derecho de la competencia desleal en razón de la necesaria incorporación de la DPCDC, y de ahí que hayan pasado asimismo a la PCM 2013 y al ACM 2014. Como ya se ha indicado, la regulación de estas prácticas en ambos textos prenormativos respeta su contenido esencial en la actual LDC, una vez más atendiendo a la DPCDC y a la opción del prelegislador de intervención mínima en esta materia, pero aporta modificaciones muy relevantes en cuanto a su estructura.

3.1. La delimitación de la figura: de nuevo sobre la cláusula general prohibitiva

La reordenación y refundición de los mandatos de la vigente LCD ha dado lugar, entre otras modificaciones, a que la figura de las prácticas comerciales desleales con los consumidores ya no se contemple de forma separada, sino conjunta, respecto de los actos de competencia desleal, en los Caps. I y II del Tít. II del Libro III PCM 2013 y ACM 2014. Buena muestra de ello es la existencia en ambos textos prenormativos de algunos preceptos de alcance global y omnicompreensivo, es decir, aplicables tanto a una

⁶⁰ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., " *ibidem*."

⁶¹ Al respecto, *vid.* MASSAGUER, J., *ibidem*. Por lo demás, esta venía siendo una exigencia muy demandada entre la doctrina (al respecto, *vid.* TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 466-470, CERVERA MARTÍNEZ, M., *op. cit.*, pp. 1913-1914, VEGA VEGA, J. A., "Artículo 32...", *op. cit.*, pp. 942-952, y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, A., "Artículo 32...", " *op. cit.*, pp. 549-551).

⁶² En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 275 y 276, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 34 y 35.

concreta modalidad de actos de competencia desleal como a las prácticas comerciales desleales con los consumidores subsumibles en dicha modalidad. No obstante, las disposiciones del Código Mercantil en las que se tipifican los actos de competencia desleal resultan de lo más variado en sus planteamientos. Así, alguna de ellas reviste estructura dual, es decir, presenta un primer ap. en el que se recogen los elementos propios del ilícito concurrencial de que se trate, y un segundo ap. en el que se determinan específicamente los extremos de la conducta a considerar como una práctica comercial desleal con los consumidores. En cambio, se ha optado en otros supuestos por establecer el régimen de algunas de tales prácticas con una estructura uniforme, es decir, en preceptos *ad hoc*, los cuales versan única y exclusivamente sobre dichas prácticas. Sin embargo, el punto de partida en la regulación de esta figura ha de ser su delimitación con carácter general.

Esta delimitación general de las prácticas comerciales desleales con los consumidores se establece en sede de cláusula general, ésto es, en el art. 321-1 PCM 2013 y ACM 2014, en su segundo párrafo. Es claro el paralelismo de esta disposición con el actual art. 4 LCD, en concreto con el segundo párrafo del art. 4.1, y con los arts. 4.2 y 4.3, cuyos contenidos se han visto trasladados al referido precepto del Código Mercantil, si bien con una estructura distinta, más breve y simple y, por tanto, con una superior técnica legislativa. Así, de conformidad con el art. 321-1.2, se considerará practica comercial desleal con los consumidores cualquier conducta en la que concurren cumulativamente los dos requisitos ya indicados de la contravención mediante dicha conducta de los requisitos de la diligencia profesional y la idoneidad de la reiterada conducta para distorsionar sustancialmente el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o se dirige, o del miembro medio del grupo concreto de consumidores al que va dirigida, atendiendo en particular a los grupos de consumidores especialmente vulnerables en razón de su edad, credulidad, dolencias físicas o trastornos mentales⁶³. Conviene precisar que, al igual que en relación con el art. 4 LCD, la interpretación de tales requisitos deberá llevarse a cabo de acuerdo con los parámetros sentados en la DPCDC, en particular en sus arts. 2 (referente a las definiciones de los elementos propios de esta Directiva) y 5.2 (sobre las exigencias generales para calificar como desleal una práctica comercial), lo que resultaría más sencillo sobre la base de la disposición en análisis, dado su tenor literal más sencillo y menos complejo y farragoso que la prolija redacción de la norma vigente⁶⁴, por lo demás muy criticada por no haber incorporado correctamente los reiterados arts. 2 y 5 DPCDC⁶⁵.

Las funciones que estaría llamada a desempeñar la cláusula general de deslealtad en relación con las prácticas comerciales desleales con los consumidores serán las

⁶³ Sobre la interpretación de estos requisitos a tenor del art. 4 LCD, en principio trasladables *mutatis mutandis* al art. 321-1.2 PCM 2013 y ACM 2014, *vid.* la doctrina *cit. supra* en la n. 40.

⁶⁴ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 265 y 266, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 22 y 23.

⁶⁵ En este sentido, *vid.* BERCOVITZ, A., "Artículo 4. Cláusula general.", *op. cit.*, pp. 104-112 (105), GARCÍA-CRUCES, J. A., "Finalidad...", *op. cit.*, pp. 1138-1148 (1192-1193), TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 81-98 (84), y MASSAGUER, J., *ibidem*.

mismas que son propias de dicha cláusula, es decir, una primera ya indicada, de carácter programático, de configuración básica de esta modalidad específica de conducta desleal, y otra de contenido sustantivo, igualmente relevante. En esta segunda función, el art. 321-1.2 vendría a actuar como norma directamente aplicable y así, operaría como una norma de carácter residual o de cierre del sistema, en cuyo ámbito tendrían cabida aquellos ilícitos que respondiesen a las dos exigencias de deslealtad antes expuestas pero que no hubiesen sido expresamente tipificados en el elenco concreto de prácticas comerciales desleales con los consumidores reguladas en el Código Mercantil⁶⁶.

3.2. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores de carácter engañoso

El régimen de este primer gran grupo de prácticas comerciales desleales con los consumidores en la PCM 2013 y en el ACM 2014 responde a un afán del prelegislador de incorporar con una fidelidad casi mimética los parámetros de la DPCDC, lo cual, por ejemplo, se observa en el mantenimiento inalterado de la regulación por separado del engaño por acción, de un lado, y el engaño por omisión, de otro⁶⁷. Asimismo, se ha recurrido a una combinación de diferentes opciones de técnica legislativa antes expuestas en los diversos preceptos del Código Mercantil sobre esta materia, en concreto los arts. 322-2 a 322-4, en el Cap II del Tít. II del Libro III de ambos textos prenormativos. Así, alguno de ellos presenta una estructura dual similar a la de la cláusula general, en otro se contempla de manera global y omnicomprendiva la deslealtad, tanto en lo tocante a los actos de competencia desleal como a las prácticas comerciales desleales con los consumidores, y también hay un ulterior precepto que versa tan sólo sobre la tipificación y enumeración de tales prácticas.

La caracterización general de los actos de engaño se establece en el art. 322-2 PCM 2013 y ACM 2014. Es este un precepto complejo de estructura dual. Así, se establece en su primer párrafo una delimitación básica de los actos de engaño como el uso o difusión de indicaciones incorrectas o falsas o cualesquiera otras prácticas susceptibles de inducir a error a sus destinatarios y distorsionar su comportamiento económico, lo que constituye una definición de los actos de competencia desleal por engaño, pero que sigue muy de cerca las nociones de acciones engañosas y de publicidad engañosa de los arts. 6.1 DPCDC, en su primer inciso, y 2 b) DPE, respectivamente⁶⁸. A renglón seguido, se enumeran en el segundo párrafo de esta

⁶⁶ En sentido similar, en lo tocante a la cláusula general relativa a las prácticas comerciales desleales con los consumidores regulada en el vigente art. 4 LCD, *vid.* GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "La nueva cláusula general ...", *cit.*, p. 343 (si bien precisando que el amplio elenco de prácticas comerciales desleales tipificadas en el Anexo I de la DPCDC y en la propia LDC hará difícil la realización de conductas de este tipo al margen de tal enumeración), TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *cit.*, pp. 69-73, y PATIÑO ALVES, B. y Díez Bajo, A., "Artículo 4. Cláusula general.", en *Prácticas comerciales desleales...*, *op. cit.*, pp. 78-80.

⁶⁷ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, pp. 268 y 269, y "La regulación...", *op. cit.*, pp. 25 y 26.

⁶⁸ En este sentido, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 269, y "La regulación...", *op. cit.*, p. 26.

disposición los elementos sobre los cuales debe poder verse inducido a error un consumidor para poder hablar de una conducta desleal que, por tener lugar respecto de los consumidores, sería calificable de práctica comercial desleal con éstos últimos. Tales elementos son los mismos que aparecen descritos en el reiterado art. 6.1 DPCDC, a saber, la existencia o la naturaleza de un bien o servicios, sus principales características (disponibilidad, beneficios, riesgos, accesorios, etc.), el alcance de los compromisos del empresario, los motivos de la práctica, la naturaleza del proceso de venta o la indicación de que el empresario o sus prestaciones son objeto de patrocinio o de aprobación directa o indirecta, el precio, su modo de fijación o la existencia de ventajas específicas sobre el mismo, la necesidad de un servicio o de una pieza, sustitución o reparación y la naturaleza, características y derechos del empresario o su agente. Finalmente, el tercer párrafo de esta norma determina que también se estimará engañoso el incumplimiento por parte del empresario de compromisos incluidos en códigos de conducta que sean firmes y verificables y habiéndose indicado la vinculación por dicho código en una conducta de las sometidas al Libro III PCM 2013 y ACM 2014, lo que responde asimismo a lo previsto en el art. 6.2 b) DPCDC. En otras palabras, la referida estructura dual de este art. 322-2 consiste en que sus párrafos primero y tercero resultarían indistintamente aplicables a actos de competencia desleal y a prácticas comerciales desleales con los consumidores, mientras que su segundo párrafo se ve únicamente circunscrita a éstas últimas.

En cambio, la regulación de las omisiones engañosas establecida en el art. 322-3 de ambos textos prenormativos aparece configurada con carácter global y omnicomprensiva a lo largo de todo el precepto, cuyo contenido comprende tanto los actos de competencia desleal como las prácticas comerciales desleales con los consumidores. No obstante, también este precepto incorpora casi sin fisuras las previsiones a este respecto del art. 7 DPCDC, lo que supone que los parámetros de deslealtad de las prácticas comerciales desleales con los consumidores en este punto se ven así extendidas igualmente a los actos de competencia desleal, en un régimen uniforme para ambos⁶⁹. En el art. 322-3.1 se define la omisión engañosa como aquella consistente en prescindir de información sustancial necesaria para que el destinatario medio (empresario, operador o consumidor) tome una operación comercial con el debido conocimiento de causa (lo que equivale a decir que fuerza a tomar una decisión sobre una transacción que no se habría tomado de otro modo, como se indica textualmente la Directiva), y se incluyen a renglón seguido en esta categoría tanto la ocultación de información sustancial como su presentación ininteligible, poco clara, ambigua, en un momento inadecuado o sin dar a conocer el propósito comercial de la comunicación. Se determina lo que se entiende por información sustancial en los arts. 322-3.2 y 322.3.3, de nuevo atendiendo a la enumeración de los arts. 7.4 y 7.5 DPCDC, a saber, las características principales de la prestación, la identidad y dirección del empresario o del empresario por cuya cuenta se actúa, en su caso, el precio o la forma en que se determina, incluyendo gastos adicionales, procedimientos de pago, entrega y

⁶⁹ En sentido similar, *vid.* MASSAGUER, J., "Competencia desleal", *op. cit.*, p. 270, y "La regulación...", *op. cit.*, p. 27.

funcionamiento, tratamiento de las reclamaciones, la existencia de un derecho de desistimiento, y los requisitos de información relacionados con las informaciones comerciales (incluidas publicidad y comercialización) tipificados en el Derecho de la UE o en la normativa interna que lo incorpore⁷⁰.

Por último, se reproduce íntegramente en el art. 322-4 el elenco de prácticas comerciales con los consumidores consideradas desleales por engañosas en cualesquiera circunstancias que aparece en la primera parte del Anexo I de esta Directiva (tan sólo cambia la nomenclatura de los veintitrés supuestos enumerados como tales, la cual es de letras en este precepto y de números en la DPCDC). Se trata, pues, de conductas que van a ser estimadas como desleales de manera directa, *per se*, sin necesidad de acreditar otra cosa que no sea la propia conducta en cuestión, y así, sin tener que verificar que concurren en el caso concreto los requisitos tipificados en los arts. 322-2 y 322-3, paralelos como ya se ha indicado a los arts. 6 y 7 DPCDC. Esta una opción se revela muy correcta desde el punto de vista técnico-legislativo, ya que permite la completa incorporación de la DPCDC a nuestra normativa interna, habida cuenta de su carácter de Directiva de armonización plena del mercado único interior o de máximos⁷¹, y asimismo de la jurisprudencia comunitaria que se ha pronunciado en este punto⁷².

3.3. Las prácticas comerciales desleales con los consumidores de carácter agresivo

Las prácticas desleales por agresión son la segunda modalidad de deslealtad contemplada en la DPCDC y representaron en su momento toda una novedad en nuestro Derecho⁷³, que pasó desde luego a la normativa vigente, y que ha pasado también a la

⁷⁰ Teniendo en cuenta la aplicación uniforme de esta disposición a todos los que participan en el mercado, MASSAGUER, J., *ibidem*, propone que el Código Mercantil incluya en su disposición derogatoria el art. 20 TrLGDCU, único precepto vigente en el que se recoge esta enumeración de informaciones sustanciales, tras haberse visto modificado por el art. 3.cuatro LRLDC, ya que carecería de sentido a la luz de los arts. 322-3.2 y 322-3-3 PCM 2013 y ACM 2014.

⁷¹ En este sentido, *vid.* los aps. 3 a 5 del Preámbulo de la DPCDC, así como los arts. 114 y 169.2 a) TFUE -; sobre el particular, *vid.* MASSAGUER, J., *El nuevo Derecho...*, *op. cit.*, pp. 33-55, GARCÍA PÉREZ, R., *Libre circulación de mercancías...*, *op. cit.*, pp. 158-163, y del mismo autor, "Tiempo de cambios para el Derecho contra la competencia desleal: la Directiva sobre prácticas comerciales desleales", en ADI, 26 (2005-2006), pp. 475-484.

⁷² El TJUE ha venido a señalar que no es posible considerar como prácticas comerciales desleales *per se* con los consumidores otras conductas que no sean las exhaustivamente tipificadas en el Anexo I DPCDC, como, por lo demás, se señala expresamente en el ap. 17 de su Preámbulo (en este sentido, *vid.* las SS. C-304/08, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV v. Plus Warenhandels-gesellschaft mbH*, de 14 enero 2010 [caso "Plus", Rec. I-217], aps. 41-45, C-540/08, *Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG v. "Österreich"-Zeitungsvverlag GmbH*, de 9 noviembre 2010 [caso "Mediaprint", Rec. I-10909], aps. 30 a 34, C-206/11, *Georg Köck v. Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, de 17 enero 2013 [caso "Köck", ap. 35, y C-515/12, *"4finance" UAB v. Valstybinė vartotojų teisių apsaugos tarnyba y otros*, de 3 abril 2014 [caso "4finance"], aps. 31 y 32, disponibles en <http://curia.europa.eu>).

⁷³ Sobre el particular, *vid.* MASSAGUER, J., "Prácticas comerciales agresivas", en *Publicidad, defensa de la competencia y protección de datos* (VV.AA; Coord.: FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. M.), 1ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor 2010, pp. 77-90, del mismo autor, "Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal", en AJUM, 27 (2010), pp. 17-32 (disponible en <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/2755/documento/art01.pdf?id=2542>), TATO PLAZA,

PCM 2013 y al ACM 2014, concretamente a sus arts. 322-5 y 322-6. Justamente por su carácter agresivo, que parece requerir conductas activas en todos o casi todos los supuestos, se ha considerado innecesario plantearse la eventual comisión por omisión de este tipo de prácticas, y de ahí que se haya prescindido de la dicotomía entre acción y omisión propia de las prácticas engañosas. En consecuencia, se ha optado en el primero de los preceptos citados por regular con carácter general las prácticas agresivas y en el segundo por reproducir de nuevo la enumeración concreta de tales prácticas (ocho en total, si bien designadas con letras y no con los números utilizados en la Directiva) tipificada en el Anexo I DPCDC, esta vez en su parte segunda, y por las mismas razones ya expuestas en relación con las prácticas engañosas, a saber, la vinculación de la Directiva a los objetivos del mercado interior y la posición de la jurisprudencia al respecto, similar para ambos grupos de prácticas desleales⁷⁴.

El régimen general de las prácticas agresivas establecido en el art. 322-5 incorpora asimismo los parámetros determinados en los arts. 8 y 9 DPCDC, cada uno de ellos en el primer y el segundo párrafo de este precepto, respectivamente⁷⁵. De este modo, se han definido estas prácticas en el art. 322-5.1 PCM 2013 y ACM 2014 como aquellas conductas que se valgan del acoso, la coacción, incluyendo el uso de la fuerza o la influencia indebida, de forma que puedan distorsionar sustancialmente el comportamiento económico de sus destinatarios. A continuación, se disponen en el art. 322-5.2 las mismas circunstancias y elementos adoptados en el art. 9 DPCDC para ponderar la concurrencia o no de la agresividad tipificada en la referida definición, a saber, el momento, lugar, naturaleza y persistencia de la conducta en cuestión, el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante, la explotación de infortunios lo suficientemente graves como para mermar el discernimiento del destinatario e influir así en su comportamiento económico, oponer cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos y desproporcionados cuando la contraparte quiera ejercitar derechos previstos en el contrato, incluyendo el derecho de finalizar el contrato o de cambiar de prestación o de proveedor, y la amenaza de ejercer acciones no ejercitables legalmente.

Una variación importante que se observa en el art. 322-5 respecto del tenor literal de la DPCDC es la dicción más genérica y omnicomprensiva en relación con los perjudicados por esta modalidad de deslealtad. Así, aun cuando se habla de "prácticas agresivas" en la rúbrica de este precepto, al igual que en los arts. 8 y 9 DPCDC, lo cierto es que en el texto articulado del primero se utilizan las voces "conducta", "comportamiento" y, sobre todo, "destinatario" y "contraparte", en lugar de "consumidor", como en la Directiva. De ello se infiere la voluntad del prelegislador de regular una vez más de manera conjunta y global los actos de competencia desleal y las

A., "Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la Directiva sobre prácticas desleales con los consumidores", en ADI, 27 (2006-2007), pp. 425-446, del mismo autor, FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, op. cit., pp. 181-249, y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., "El catálogo de prácticas comerciales agresivas destinadas a los consumidores", en ADI, 32 (2011-2012), pp. 195-222.

⁷⁴ Vid. *supra* n. 72.

⁷⁵ Al respecto, vid. MASSAGUER, J., "Competencia desleal", op. cit., pp. 270 y 271, y "La regulación...", op. cit., pp. 27 y 28.

prácticas comerciales con los consumidores desleales por agresión, y de ahí que se pueda seguir sosteniendo la aplicabilidad indistinta de la norma en comentario a ambos tipos de actuaciones agresivas, es decir, tanto si van dirigidas contra empresarios u operadores económicos como contra consumidores y usuarios, de una forma similar a lo que sucede en el momento presente en la vigente LCD, sobre la base de su art. 8⁷⁶, sistemáticamente ubicado entre dichos actos, y al margen de las prácticas agresivas reguladas en los arts. 28 a 31 de la misma Ley⁷⁷. Por lo demás, ello no empece el reiterado carácter de armonización plena y de máximos de la DPCDC, ya que el mismo iría referido a la protección de los consumidores y usuarios, pero nada tendría que ver con la libertad de los Estados miembros para regular la deslealtad entre empresarios y operadores económicos entre sí, en virtud del principio de subsidiariedad.

4. VALORACIÓN FINAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

El régimen establecido en la PCM 2013 y en el ACM 2014 en materia de competencia desleal en general y de las prácticas comerciales desleales con los consumidores en particular no está exento de defectos y de críticas y podría, pues, ser susceptible de verse perfeccionado, y así debiera de hacerse a lo largo de su posterior tramitación legislativa, en su caso, ya que hay que considerar que ambos textos prelegislativos se hallan todavía en una fase que podríamos denominar como embrionaria y que queda, por tanto, mucho por hacer. No obstante, y pese a la notable conveniencia de tales mejoras, es evidente que supone un avance sustancial y muy deseable respecto de la actual LCD, no sólo por su mayor idoneidad en un plano estrictamente técnico-jurídico, sino también por incorporar de un modo más adecuado a nuestro ordenamiento interno la DPCDC y la DPE, sobre todo si se atiende a la jurisprudencia comunitaria, de la que, sin duda, se ha hecho eco el prelegislador. En consecuencia, sólo cabe confiar en que este intenso y encomiable esfuerzo que ha representado esta iniciativa recodificadora y asimismo modernizadora de nuestro Derecho mercantil continúe con el mismo tesón y pueda culminar en el plazo más breve posible con la promulgación de este nuevo cuerpo legal.

⁷⁶ Al respecto y en sentido similar, *vid.* TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y HERRERA PETRUS, C., *La reforma...*, *op. cit.*, pp. 208-209, ARROYO APARICIO, A., "Artículo 8. Prácticas agresivas.", en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *cit.*, pp. 197-220 (202-204), y MONTERO GARCÍA-NOBLEJAS, P., "La deslealtad de las prácticas comerciales agresivas entre competidores", en ADI, 32 (2011-2012), pp. 173-194.

⁷⁷ Sobre tales preceptos, *vid.* MONGE GIL, A. L., "Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción", ZUBIRI DE SALINAS, M., "Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso.", y "Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores.", y CARBAJO CASCÓN, F., "Artículo 31. Otras prácticas agresivas.", todos ellos en *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, *op. cit.*, pp. 781-784, 785-805, 807-815, y 817-843, respectivamente, LUNAS DÍAZ, M. J., Artículo 28. Prácticas agresivas por coacción", "Artículo 29. Prácticas agresivas por acoso.", "Artículo 30. Prácticas agresivas en relación con los menores.", y "Artículo 31. Otras prácticas agresivas.", todos ellos en *Prácticas comerciales desleales...*, *op. cit.*, pp. 415-430, 431-452, 453-468, y 469-485, respectivamente, así como la doctrina *op. cit. supra* en la n. 73.